

## LA RESERVA ESTATUTARIA EN MATERIA RETRIBUTIVA DE LOS ADMINISTRADORES

AUTOR: JOSÉ SORIA SORJÚS. ABOGADO

### 1. Introducción

En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 25 de junio de 2013 (La Ley 99504/2013) (en adelante, la “**STS de 25 de junio de 2013**”) se plantea el alcance de la reserva estatutaria en materia de retribución de administradores en el marco de una sociedad anónima.

El administrador, nombrado asimismo consejero delegado, también había formalizado con la sociedad un contrato de alta dirección en base al Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (en adelante, indistintamente, el “**Real Decreto de 1985**” o el “**Real Decreto de alta dirección**”). En el contrato de alta dirección la sociedad y el administrador habían acordado una indemnización en caso de desistimiento unilateral del empresario y otra indemnización por compensación de prohibición de competencia. A los cinco años de su firma, la sociedad decidió no prorrogar el cargo de administrador por lo que éste solicitó a la sociedad las indemnizaciones previstas en el contrato de alta dirección. Los tribunales de la jurisdicción laboral desestimaron las pretensiones del administrador fundadas en el contrato de alta dirección al negar la compatibilidad de la relación societaria y la laboral. A su vez, y ya en la jurisdicción civil, la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª en su Sentencia de 23 de marzo de 2011 (La Ley 49963/2011) (en adelante, la “**Sentencia de la Audiencia**”) denegó el derecho del administrador a percibir la indemnización por cese, al concluir que la no renovación del cargo no implica la existencia de un cese unilateral por parte del empresario. No obstante, el Tribunal Supremo en la STS de 25 de junio de 2013 aceptó otorgar la indemnización solicitada por el administrador, por entender que la falta de renovación del cargo supone una voluntad de la sociedad de concluir una relación que contractualmente se había comprometido que iba a ser indefinida y todo ello además, conforme se expondrá en

este artículo, interpretando los requisitos de previsión estatutaria bajo un prisma de razonabilidad.

## 2. Reserva estatutaria: alcance general

La remuneración de los administradores societarios es una cuestión que ha sido objeto de amplia controversia. Interesa recordar, en primer lugar, la evolución normativa del concepto. La Ley de 17 de julio de 1951, sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas en su artículo 74 ordenaba vagamente la cuestión. Posteriormente el mismo contenido fue reproducido *ad pedem litterae* en el artículo 130 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, la “LSA”). Actualmente el artículo 217 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, la “LSC”), es el que se encarga de regular esta cuestión y, en particular, establece que “*El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de retribución*”. En este sentido, también se pronuncia la Propuesta de Código Mercantil en su artículo 231-84 que reza como sigue: “*El cargo de administrador será gratuito, a menos que este Código o los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema o sistemas de retribución*”. Resulta evidente de lo dispuesto en la legislación vigente que, si la remuneración de los administradores no se encuentra prevista en los estatutos, el cargo de administrador se entenderá gratuito<sup>1</sup>. No obstante, el régimen de retribución de los administradores va a ser objeto de una importante reforma en el Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo<sup>2</sup> en sus artículos 217 y 529 sexdecies (por ejemplo, se establece que el cargo de consejero será necesariamente retribuido en las sociedades cotizadas).

La finalidad de que la retribución de los administradores se encuentre prevista en los estatutos es doble, a saber: se quiere proteger fundamentalmente los intereses de los propios

---

<sup>1</sup> Este criterio ha sido ratificado por toda la doctrina, valga por todos, Fernando SÁNCHEZ CALERO, <<Los administradores en las sociedades de capital>>, Civitas, segunda edición (2007) págs. 265 y ss.

<sup>2</sup> Estado de tramitación: Proyecto de Ley remitido a las Cortes Generales.

administradores y de los accionistas, sin perjuicio de la publicidad que resulta de la previsión estatutaria para los terceros. Y es que los estatutos sociales deben ser entendidos como una norma orgánica a la que debe sujetarse la vida corporativa de la sociedad a lo largo de toda su existencia. Puede afirmarse que los estatutos sociales son la carta magna de la sociedad<sup>3</sup> y por ello todo lo que se encuentre estatutariamente previsto no puede ser discutido y transmite seguridad, transparencia y fiabilidad. Los administradores encuentran seguridad respecto de la retribución que deberán percibir por estar prevista estatutariamente. Por su parte, los accionistas conciben esta previsión estatutaria como un límite para evitar continuos cambios en la determinación de la retribución del órgano societario ya que su modificación requerirá de la previa novación estatutaria que deberá acordarse con la mayoría reforzada prevista legalmente<sup>4</sup>. Los accionistas también conciben esta previsión estatutaria como criterio que ordena la aplicación de recursos de la sociedad para el pago de la retribución.

El artículo 217 de la LSC no pretende que la reserva estatutaria, tal y como denominan los mercantilistas a la previsión estatutaria que establece la remuneración de administrador, plasme la cantidad que el administrador debe percibir, al permitir que los administradores pueden percibir remuneraciones desiguales (artículo 124.3 del Reglamento del Registro Mercantil) y con el fin de evitar modificar los estatutos cada vez que se quisiera aumentar o disminuir la remuneración. En cambio sí que pretende que se prevea el sistema de determinación de la retribución. Consecuencia de lo expuesto es que la interpretación del antiguo 130 de la LSA y actual 217 de la LSC comprende un ámbito objetivo y otro subjetivo<sup>5</sup>. La delimitación del ámbito objetivo de esta norma, consiste en determinar cuál es el alcance de la reserva estatutaria, es decir el aspecto cualitativo y cuantitativo de la remuneración. A este efecto, era doctrina consolidada la que entendía que en el aspecto cuantitativo, la concreción de cantidad a la que se refiere el artículo queda fuera de la reserva

---

<sup>3</sup> En este sentido, se han pronunciado la DGRN y el Tribunal Supremo en diversas ocasiones, entre ellas, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de junio de 2013 (La Ley 95788/2013) y la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 5 de abril de 1961.

<sup>4</sup> Vid. Rodrigo URÍA, Aurelio MENÉNDEZ y Manuel OLIVENCIA <<Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles>>, Civitas, Tomo VI (2002) págs. 201 y ss.

<sup>5</sup> En este sentido se pronuncian, Esperanza GALLEGU, “Comentario al artículo 217”, en Ángel ROJO, Emilio BELTRÁN <<Comentario de la ley de sociedades de capital>>, Thomson Reuters, Civitas, Tomo I (2011) págs. 1546 y ss. y Cándido PAZ-ARES <<Ad impossibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)>>, Diario la Ley, N° 7136, Sección Doctrina, La Ley (17 Marzo 2009), Año XXX, Ref. D-88 (La Ley10983/2009).

estatutaria<sup>6</sup>. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que hay pronunciamientos del Tribunal Supremo del año 2008<sup>7</sup> que parecen apuntar en sentido contrario y que han merecido una valoración crítica en la doctrina<sup>8</sup>. No obstante, la praxis societaria parece seguir optando por no determinar estatutariamente la cantidad concreta de la remuneración<sup>9</sup>. Por lo que respecta al ámbito subjetivo de esta norma, deberá considerarse a qué administradores se aplica en concreto la disciplina de la retribución, es decir, determinar si afectará por igual a todos los administradores.

La STS de 25 de junio de 2013 trata, entre otras, sobre tres cuestiones que son objeto de este comentario. En primer lugar, la compatibilidad entre la relación societaria y la laboral; en segundo lugar, analiza la validez de las cláusulas de blindaje y su exigibilidad; y, en tercer lugar, examina si se cumplen los requisitos para que surja el derecho de indemnización.

### 3. Compatibilidad entre la relación societaria y laboral.

En cuanto a la compatibilidad de la relación laboral con una relación societaria, tema ampliamente debatido jurisprudencial y doctrinalmente<sup>10</sup>, la STS de 25 de junio de 2013 hace referencia a la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que se ha dado en conocer como “teoría del vínculo”. Esta teoría tuvo su origen en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1988<sup>11</sup> al establecer que no hay que atender al contenido de las funciones que realiza el trabajador, sino a la naturaleza del vínculo y a la posición de quien los desarrolla en la organización de la sociedad. Cuando una persona actúa como consejero en una sociedad y también ejerce un cargo de alta dirección no pueden deslindarse las funciones

---

<sup>6</sup> En este sentido se pronuncian autores como Esperanza GALLEGO, “Comentario al artículo 217”, en Ángel ROJO, Emilio BELTRÁN <<Comentario de la ley de sociedades de capital>> *ob. cit.* pág. 1549.

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 2ª, de 13 de noviembre de 2008 (La Ley 194183/2008).

<sup>8</sup> *Vid.* Cándido PAZ-ARES, <<Ad impossibilia nemo tenetur ....>> *ob. cit.* pág. 2 y ss.

<sup>9</sup> No obstante, se considera por parte de la doctrina como uno de los puntos más criticables de la regulación del antiguo artículo 130 de la LSA y actual artículo 217 de la LSC. *Vid.* Fernando MARTÍNEZ SANZ y Achim PÜTZ, “Comentario al artículo 130 de la LSA”, en Ignacio ARROYO, José MIGUEL EMBID y Carlos GORRIZ <<Comentario a la ley de sociedades anónimas>>, Tecnos, volumen II (2009) págs. 1478 y 1479.

<sup>10</sup> Estudiado por numerosos autores, entre otros, Francisco TUSQUETS TRIAS DE BES, Fernando SÁNCHEZ CALERO, Ángel ROJO, Emilio BELTRÁN e Ignacio ARROYO. Por lo que respecta a la jurisprudencia, valgan por todas las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 24 de abril de 2007 (La Ley 12506/2007) y de 26 de abril de 2002 (La Ley 4843/2002).

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 29 de septiembre de 1988 (La Ley 3462-JF/0000)

que realiza bajo cada uno de los cargos individualmente y ello porque los órganos de administración ejercen funciones de gestión, dirección y representación de las sociedades igual que los altos cargos. El Tribunal Supremo señala que no pueden concebirse funciones de alta dirección fuera del cargo de administrador. Asume, así, que el administrador ya es un alto directivo por abarcar el cargo todas y cada una de las funciones propias de administrador, que abarcan la dirección, representación o las deliberativas, hasta la gestión diaria de la sociedad. Por ello el vínculo con la sociedad de esta persona no es laboral sino mercantil. Dicho de otro modo, la relación mercantil absorbe a la relación laboral<sup>12</sup>. La causa por la que se niega la posibilidad de que un consejero pueda mantener simultáneamente una relación laboral de alta dirección es la ausencia del requisito de ajenidad que, como es sabido, es indispensable en cualquier relación laboral. De este modo, el Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto continuamente que aquellas actividades que desempeñan los consejeros como administradores se encuentran excluidas de la legislación laboral por no concurrir los requisitos previstos en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores; en línea con ello, cabe también recordar la exclusión expresa del ámbito laboral establecida por el apartado 3 c) del propio artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores.

Por otra parte, la STS de 25 de junio de 2013 considera que en casos muy concretos y excepcionales se pueden superponer una relación societaria y otra de carácter mercantil, respecto de la que no operarían las exigencias contenidas en el artículo 217 LSC pero reconoce que en la práctica *“es muy difícil que se dé, porque la jurisprudencia de esta Sala exige que concurra un elemento objetivo de distinción entre las actividades debidas por una y otra causa”*. La compatibilidad de la relación societaria con otra mercantil o laboral únicamente es posible si la actividad desarrollada como consecuencia del vínculo laboral o mercantil sea distinta de la actividad propia de la administración social (esto es, si la simultaneidad se produce o bien con una relación laboral común u ordinaria, o bien como consecuencia de arrendamiento de servicios mercantil para un proyecto o encargo diferente de las funciones propias de administración o gestión societaria).

---

<sup>12</sup> Vid. Sentencia ya citada del Tribunal Supremo, de 24 abril de 2007 (La Ley 12506/2007). Asimismo, ver Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil de 9 de mayo de 2001 (La Ley 4280/2001) y de 29 de mayo de 2008 (La Ley 74022/2008). Vid., entre muchos otros autores, Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA <<Derecho de sociedades>>, Tirant lo Blanch Tratados, volumen I (2010) págs. 720 y ss.

En el supuesto de hecho planteado en la STS de 25 de junio de 2013 se considera que el actor no desempeñó servicios distintos a los inherentes a su condición de miembro del consejo de administración y consejero delegado por lo que a la relación societaria no se superpuso ninguna otra relación laboral común u ordinaria que justificara una retribución ajena al sistema de retribución de los administradores sociales. La posición de administrador y alto directivo son dos posiciones incompatibles<sup>13</sup>, que no pueden convivir desde una perspectiva de la reserva estatutaria en materia de retribución.

A estos efectos, resulta evidente que la retribución que debe percibir el administrador por el ejercicio de facultades en el supuesto cargo de alta dirección debe estar prevista en los estatutos sociales como la retribución de administrador, no existiendo opción alguna para defender la innecesaridad de la constancia estatutaria de la remuneración, lo cual resultaría contrario a las exigencias previstas en el artículo 217 de la LSC. En este mismo sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 mayo de 2001<sup>14</sup> que señala que para que el artículo 130 de la LSA (actualmente sustituido por el artículo 217 de la LSC) no se aplique es necesario que las facultades y funciones que son atribuidas por vía contractual rebasen las propias de los administradores. En el mismo sentido se han pronunciado diferentes resoluciones de la Dirección General de Registro y Notariado (en adelante, la “DGRN”) incidiendo en la necesidad de que para que el administrador-consejero ejecutivo este legitimado para percibir una remuneración debe estar ésta expresamente prevista en los estatutos sociales<sup>15</sup>.

#### **4. Cláusulas de blindaje y previsión estatutaria**

La imposibilidad de prever la retribución de los administradores al margen de los estatutos ha hecho relevante la consideración de las diversas partidas que la integran. Este ha sido concretamente el caso de las indemnizaciones por cese que pueden preverse a través de cláusulas de blindaje; de su configuración como retribución se ha seguido la necesidad de su

---

<sup>13</sup> En este sentido se pronuncian, entre otros autores, Rodrigo URÍA, Aurelio MENÉNDEZ y Manuel OLIVENCIA <<Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles>> *ob. cit.* págs. 191 y ss.

<sup>14</sup> *Vid.* la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2001 (La Ley 4280/2001).

<sup>15</sup> Valga por todas, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de abril de 2002 (La Ley 7101/2002) y de 3 de abril de 2013 (La Ley 49575/2013 )

previsión estatutaria. En este sentido, el artículo 217-2 del Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo determina expresamente que las indemnizaciones por cese forman parte del concepto retributivo. En concreto establece lo siguiente: “2. *El sistema de remuneración contemplará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales y que podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los siguientes: a) una asignación fija, b) dietas de asistencia, c) participación en beneficios, d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia, e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución, f) indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviere motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador y g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos*”.

La línea seguida por la doctrina y la jurisprudencia ha señalado que solo se pueden percibir remuneraciones e indemnizaciones por los administradores cuando estén previstas en los estatutos pues de otra forma los accionistas se podrían ver sorprendidos por cláusulas remuneratorias o indemnizatorias que desconocen. En el caso de ausencia de cobertura estatutaria, se estaría vulnerando el régimen legal de retribución de administradores y se trataría de una actuación que podría considerarse inválida por ser contraria a la LSC.

Esta interpretación, con todo, no se ha llevado al extremo. No pueden obviarse los casos, como es el comprendido en la STS de 25 de junio de 2013, en los que existiendo un administrador que había formalizado un contrato de alta dirección en el que se pactó una indemnización por no competencia y otra en el supuesto de cese unilateral por parte del empresario, no se encuentren éstas previstas estatutariamente. *Prima facie*, este supuesto resultaría inválido por ser contrario a lo establecido en la LSC que obliga a prever la remuneración de los administradores en los estatutos<sup>16</sup>. No obstante, antes que realizar una lectura excesivamente formalista de esta exigencia, parece preferible atender a su sentido. Creo que puede aceptarse la remuneración e indemnización del administrador que había formalizado un contrato de alta dirección, que se encuentre prevista de forma contractual sin cobertura estatutaria, siempre y cuando no atente contra el principio de transparencia y pueda

---

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil de 21 de abril de 2005 (La Ley 1302/2005). Vid. Francisco TUSQUETS TRIAS DE BES <<La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital>>, Civitas (1998) págs. 126 y ss.

ser sometida a la voluntad de los socios. En tanto los socios de la sociedad tengan conocimiento, y consientan la retribución y la eventual indemnización del administrador que haya formalizado un contrato de alta dirección para cuando cese de prestar servicios a la sociedad por voluntad unilateral de la sociedad, no debería poder negarse por ninguno de ellos la posibilidad de blindaje y remuneración por el mero hecho de no encontrarse previsto en los estatutos, porque supondría una actuación contraria a un acto propio, por haber tolerado los accionistas esa situación durante varios años.

En este sentido, destacan algunas Sentencias del Tribunal Supremo, entre ellas, las de 31 de octubre de 2007<sup>17</sup> y de 29 de mayo de 2008<sup>18</sup>; sentencias a las que también se refiere la Sentencia de la Audiencia. Pues bien, la referida sentencia de 31 de octubre de 2007, excepciona la ineficacia de aquellas cláusulas que se refieren a la remuneración de los administradores no previstas en los estatutos. En este sentido, la mencionada sentencia de 31 de octubre de 2007 señala que “[...] *la ineficacia atiende básicamente al interés de los accionistas en no verse sorprendidos por cláusulas de indemnización pactadas por los consejeros, actuando en nombre de la sociedad con motivo de su cese*”. Tal sentencia se refiere a una sociedad con accionista único que remunera a un administrador que había formalizado un contrato de alta dirección sin que su paquete retributivo este previsto en los estatutos. El Tribunal Supremo señala que el accionista único no puede desconocer la remuneración de un administrador no prevista en los estatutos al competerle únicamente a él la decisión de remunerar de una forma u otra a este administrador. En definitiva, no se puede alegar desconocimiento de este tipo de remuneración. En concreto, la sentencia, en su fundamento de derecho tercero, establece que “*que es culpa de [...] que la situación del consejero [...] en cuanto a su remuneración no se ajustase a los estatutos sociales, pues éstos se pudieron cambiar en cualquier momento por el socio único*”.

Siguiendo una línea argumental muy similar a la expuesta, aunque en el contexto de una pretensión muy distinta a la contemplada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2007, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2008, analiza la retribución no prevista en los estatutos que un administrador percibe en el seno de una

---

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil de 31 de octubre de 2007 (La Ley 170345/2007).

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil de 29 de mayo de 2008 (La Ley 74022/2008).



sociedad cuyo capital social se reparte entre dos socios. En ese caso, la Sala defiende que es improbable que el socio que alegaba desconocimiento de esta retribución no tuviera conocimiento al ser el otro titular de la mitad de acciones de la sociedad y aprobar cada año las cuentas anuales, y por ello esta actitud no puede ser considerada de desconocimiento sino de tolerancia.

El Tribunal Supremo en las Sentencias de 31 de octubre de 2007 y de 29 de mayo de 2008, acepta la eficacia de retribuciones pactadas en un contrato de alta dirección (aunque, insistimos, de hecho, no se reconozca la simultaneidad entre alto directivo y consejero) a pesar de que no estén previstas en los estatutos, siempre y cuando los accionistas de la sociedad tengan conocimiento de ello, por haber estado fijadas las remuneraciones conforme el principio de transparencia y pueda, asimismo, deducirse una actitud, al menos, tolerante de los socio/s.

En la STS de 25 de junio de 2013, el consejo de administración de la sociedad, en el que estaban representados todos los accionistas, a través de una comisión de retribuciones constituida al efecto, aprobó otorgar una determinada remuneración y unas eventuales indemnizaciones al administrador. La STS de 25 de junio de 2013 asume el mismo planteamiento seguido por las dos sentencias del Tribunal Supremo anteriormente mencionadas. Como diferencia a destacar entre ellas, conviene señalar que en los supuestos de hecho considerados por la Sentencia de 31 de octubre de 2007 la sociedad estaba formada por un socio único, en la Sentencia de 29 de mayo de 2008 por dos socios, mientras que en la STS de 25 de junio de 2013 el capital social se encontraba repartido entre seis accionistas existiendo asimismo una comisión de retribuciones al efecto.

La STS de 25 de junio de 2013 establece que *“el consejo de administración, en el que estaban representados los seis accionistas, a través de una comisión de retribuciones constituida al efecto, convino una determinada retribución para el Consejero delegado que acababan de “fichar”, que incluía no sólo una retribución mensual sino también una eventual indemnización[...] para cuando cesara de prestar servicios a la sociedad por voluntad unilateral de ésta última, no cabe entender contrariada la exigencia contenida en el artículo 130 TRLSA[...]”*. En base a lo expuesto, puede concluirse que en el supuesto analizado de la

STS de 25 de junio de 2013 los requisitos estatutarios pueden ser superados por la aprobación unánime de los socios por haberse respetado el principio de transparencia societario.

Esta interpretación jurisprudencial debe valorarse ahora, atendiendo al Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo, de la que resulta la eficacia de lo contractualmente pactado con menores exigencias a las actualmente previstas. En efecto, el artículo 249.3 y 4. del citado Proyecto de Ley establece que *“3. Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión.*

*4. En el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato.*

*El contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general.”.*

Con esta reforma en trámite de la LSC parece que el legislador ha adoptado un régimen más flexible que el establecido en la actualidad ya que todo parece indicar que resulta suficiente con que el contrato del administrador este firmado por el consejo de administración, no siendo necesario acudir a criterios como la expresa aprobación por los socios o su tolerancia más allá del ajuste a la política de remuneraciones.

## **5. Requisitos necesarios para que surja el derecho de indemnización**

### **5.1 Cuestiones previas sobre el cese y la indemnización**

La posibilidad de que el Tribunal Supremo admita que el administrador ejecutivo pueda llegar a percibir una indemnización si ha sido cesado unilateralmente, hace necesaria alguna

consideración sobre la interpretación del principio de libre revocabilidad del cargo, dominante en la interpretación y en la praxis societaria<sup>19</sup>. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1992<sup>20</sup> declara la ilicitud de las cláusulas preparadas por los propios administradores de las sociedades que prevén cuantiosas remuneraciones para el supuesto de que sean removidos de sus cargos. Estas cláusulas fueron declaradas nulas por atentar contra la facultad que tiene el consejo de administración para regular su propio funcionamiento.

En principio, los administradores no tienen derecho a solicitar indemnización por haber sido cesados en su cargo porque el acuerdo de separación de un administrador no puede considerarse como un acto ilícito o dañoso del que nazca un derecho de indemnización. Esta apreciación es consecuencia del principio de libre revocabilidad del cargo de administrador y la posibilidad, por tanto, de separación *ad nutum* de la junta<sup>21</sup>. Sin embargo, el sistema jurídico sí que permite reconocer una indemnización en algunos supuestos, si la junta general ha adoptado acuerdos de separación abusivos o supuestos en los que, como sucede en el caso que ahora se comenta, el derecho indemnizatorio ha sido pactado por la sociedad y el administrador expresamente.

## 5.2 Interpretación del pacto de indemnización previsto contractualmente

La cuestión a tener en cuenta para determinar si concurren o no los presupuestos para otorgar la indemnización que el actor solicita en el caso objeto de la STS de 25 de junio de 2013, consiste en la interpretación que debe hacerse sobre qué se entiende por “desistimiento unilateral” por parte del empresario (modalidad extintiva propia de la relación laboral de alta dirección formalmente utilizada en la STS por existir un contrato de “alta dirección” pero que debe asimilarse, de forma general, a resolución unilateral). La Sentencia de la Audiencia y la STS de 25 de junio de 2013 se han pronunciado en dos sentidos distintos.

La Sentencia de la Audiencia negó al actor el derecho a percibir la indemnización por considerar que la caducidad del cargo de un administrador no puede equipararse a desistimiento unilateral de la sociedad. Se considera a este efecto que el cese en el cargo por

---

<sup>19</sup> Vid. Fernando SÁNCHEZ CALERO <<Los administradores en las sociedades de capital>> *ob. cit.* págs. 266 y ss.

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de diciembre de 1992 (La Ley 13199/1992).

<sup>21</sup> Vid. Fernando SÁNCHEZ CALERO <<Los administradores en las sociedades de capital>> *ob. cit.* págs. 134 y ss.

el mero transcurso de la duración predeterminada del nombramiento no genera derecho a indemnización.

En atención a las circunstancias del supuesto enjuiciado, la Audiencia defiende que el actor ya tenía conocimiento de que al transcurrir el plazo de cinco años el cargo le caducaría. Por ello, a criterio de la Audiencia no se puede llegar a plantear la existencia de un desistimiento unilateral del contrato. La Audiencia no da valor al hecho de que las partes pactaron una relación indefinida en el contrato de alta dirección al considerar que la voluntad relevante es la voluntad estatutaria, que establece una limitación temporal en el ejercicio del cargo, e interpreta que la previsión de duración indefinida resulta contraria a la previsión legal y estatutaria que establece una limitación temporal del ejercicio del cargo.

Para la Audiencia cuestión distinta sería si la junta general de la sociedad hubiese separado al administrador antes de operar la caducidad de su nombramiento (es decir, antes del transcurso de cinco años desde el nombramiento del cargo). Si se hubiese dado este supuesto, la Audiencia entiende que cabría defender la existencia de desistimiento unilateral ya que la junta general habría cesado al administrador antes de que éste le caducara el cargo para el cual había sido nombrado. En este sentido, señala en su fundamento quinto que *“el demandante podría haber devengado la indemnización por la extinción del contrato por desistimiento del empresario en el caso que, efectivamente, éste se hubiera producido [...] antes de operar la caducidad de su nombramiento”*. Esto es, la Audiencia ciñe el derecho a la indemnización a una relación no indefinida sino temporal, la propia del nombramiento de administrador sin dar valor a la voluntad contractual ni a la voluntad expresada de forma unánime por los socios.

Sin embargo, en la fundamentación y fallo de la STS de 25 de junio de 2013 sí se atiende a la voluntad de las partes que pactan el blindaje por el carácter indefinido de la relación. El Tribunal Supremo considera que resulta irrelevante que el cese venga formalmente determinado por el cumplimiento del plazo de duración del cargo, pues, desde el momento en que podía ser renovado el nombramiento, la falta de renovación implica una voluntad de terminar una relación que se había acordado que iba a ser indefinida. El Tribunal Supremo indica que *“[...] otra interpretación supondría alterar la voluntad de las partes de que la relación o vinculación entre la sociedad y el Sr. [...] fuera indefinida a los efectos de garantizar una indemnización en caso de terminación por voluntad unilateral de la*

*sociedad*”. Para poder entender el alcance y la razón de ser de este criterio que mantiene el Tribunal Supremo en la STS de 25 de junio de 2013, debe atenderse al caso concreto objeto de análisis.

En concreto, la STS considera que, al no renovar al consejero prorrogando su nombramiento, se produce una situación equiparable al desistimiento sin que tampoco parezca aceptable alegar la caducidad del nombramiento para eludir el cumplimiento de las obligaciones contractuales que derivan de lo expresamente pactado entre sociedad y administrador alto directivo. La no renovación del cargo atenta pues contra la existencia de una relación indefinida aprobada por todos los socios, legitimando al actor a percibir la indemnización debida a causa de una resolución unilateral de la sociedad. La STS de 25 de junio de 2013 establece que “[...] *Es cierto que, formalmente, el Sr. [...] cesó como administrador por la terminación del plazo para el cual había sido nombrado, cinco años, sin que hubiera sido prorrogado dicho nombramiento. Pero no cabe obviar que la cláusula de blindaje, pactada por la sociedad y el Sr. [...], con el conocimiento y el consentimiento de todos los accionistas, pues constituía uno de las contraprestaciones ofrecidas y aceptadas por el Sr. [...] para “ser fichado” por la sociedad y renunciar a su anterior actividad laboral o profesional, estaba en función de una duración indefinida de la relación o vinculación con la empresa y de la retribución pactada. En este contexto, la no renovación del cargo, a los efectos de operatividad de la cláusula de blindaje, conlleva reconocer al Sr. [...] el derecho a la indemnización pactada para cuando instancia de la sociedad cesara su relación con la sociedad*”.

Por otra parte, y en lo que se refiere estrictamente al hecho de que la indemnización estuviera o no prevista en los estatutos, la sentencia señala que “*en este caso, desde el momento en que los estatutos de la sociedad preveían el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de remuneración, y el consejo de administración, en el que estaban representados los seis accionistas, a través de una comisión de retribuciones constituida al efecto, convino una determinada retribución para el Consejero delegado que acababan de “fichar”, que incluía no sólo una retribución mensual sino también una eventual indemnización (dos años de sueldo) para cuando cesara de prestar servicios a la sociedad por voluntad unilateral de ésta última, no cabe entender contrariada la exigencia contenida en el artículo 130 TRLSA[...]*”.

No se trata, pues, de concluir que el Tribunal Supremo está realizando una interpretación que se aparta de la teoría y las exigencias legales previstas en el artículo 217 de la LSC, al otorgar una indemnización que no se encontraba prevista estatutariamente, sino que debe concluirse que en el supuesto concreto en el que todos los accionistas de la sociedad habían aceptado expresamente retribuir al administrador como tal por vía estatutaria y por su condición de ejecutivo por vía extraestatutaria no se está atentando contra la exigencia de previsión en los estatutos, por haber, en este último caso, estado prevista expresamente la indemnización en un contrato de alta dirección.

El Tribunal Supremo en la STS de 25 de junio de 2013 aboga, pues, por aceptar que el hecho de que una remuneración o una indemnización no se encuentre prevista estatutariamente, no debe considerarse en todo caso inválida sino que hay que atender a las circunstancias particulares del supuesto de hecho que se plantee.

En definitiva, el Tribunal Supremo acepta que las cláusulas de blindaje previstas en el contrato de alta dirección son oponibles a la sociedad. Entiende así, que el hecho de que el contrato de alta dirección hubiera sido aprobado por la comisión de remuneraciones donde se encontraban representados todos los accionistas, equivale o confiere a tales accionistas una protección similar a si el blindaje hubiera estado previsto en los estatutos. Y es que la previsión estatutaria pretende proteger a los accionistas frente a indemnizaciones imprevistas. El hecho de estar la indemnización del consejero prevista expresamente en un contrato (erróneamente denominado de alta dirección) aprobado por todos los accionistas genera una protección similar a la que ofrece la reserva estatutaria que debe ser respetada.

## **6. Consideraciones adicionales: ¿Retribución por cargo o funciones?**

Una vez asumido que no existe ningún problema en aceptar el carácter retribuido del cargo de administrador e incluso la retribución distinta de alguno o algunos de los administradores frente al resto, siempre que exista un factor de distinción, es preciso examinar, si cabe condicionar la retribución del administrador al trabajo que desempeña en la sociedad. En este sentido, cobra interés analizar la evolución seguida por el Tribunal Supremo y la DGRN en

relación con la doctrina<sup>22</sup> en materia de retribución de los consejeros-ejecutivos en base a sus cargos y funciones.

El Tribunal Supremo y la DGRN asumen y comparten una misma percepción sobre la forma de retribuir a los administradores de la cual derivan consecuencias para la manera de interpretar el alcance de la reserva estatutaria, a saber: irrelevancia de la función para fijar la retribución de los administradores y sentido de la reserva. Por lo que respecta a la irrelevancia de la función para fijar la retribución de los administradores, el Tribunal Supremo en la STS de 25 de junio de 2013 establece que *“las funciones de los administradores prácticamente son omnicomprendivas, como se desprende de la referencia al estándar de diligencia contenido en el artículo 127.1 TRLSA, aplicable al caso, el “de un ordenado empresario y de un representante leal”*. Con esta percepción, se expone que por el hecho de ser administrador se poseen todas las funciones propias del cargo sin entrar a discutir sobre la existencia de funciones distintas al estar todas ellas englobadas dentro del cargo de administrador. Por su parte, la DGRN interpreta en el mismo sentido omnicomprendivo el alcance de las funciones del administrador. En relación con el desempeño de funciones debe tenerse en cuenta, primero, el alcance de la relación laboral que analiza el Tribunal Supremo del modo que se ha examinado, y segundo, la controversia en torno a la retribución por funciones apuntada por la DGRN.

La DGRN, a partir de la misma percepción adoptada por el Tribunal Supremo, defiende que las tareas de los altos directivos son de igual contenido que las de los administradores y que, por ello, no se puede aislar la función ejecutiva para retribuir la independientemente. En este sentido, considera que no debe retribuirse según las funciones sino en base a las tareas inherentes al cargo. Valga por todas la resolución de la DGRN de 6 de mayo de 2013<sup>23</sup> que establece *“[...] la cláusula otorga un trato desigual en la remuneración de los administradores, no en función del ejercicio del cargo que lleve aparejada funciones, sino en la realización de unas tareas que son, por disposición de la Ley, iguales para todos los administradores pues todos están llamados por su nombramiento a llevar a cabo la gestión de la sociedad”*, de manera que precisamente si se defiende que la administración es

---

<sup>22</sup> Vid. Cándido PAZ-ARES <<El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos>> *ob. cit.*

<sup>23</sup> Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de Mayo de 2013 (La Ley 51402/2013).

omnicomprensiva, no es posible diferenciar según las funciones. La citada resolución de la DGRN señala asimismo que *“Una cosa es que el administrador remunerado no pueda recibir ninguna otra remuneración por llevar a cabo la tarea de gestión y representación derivada de su nombramiento y otra muy distinta que sólo aquellos administradores que realicen determinadas funciones especiales propias del cargo que ostentan reciban una remuneración o reciban una remuneración distinta. Es la regulación legal del órgano de administración la que da lugar a ello al prever que, en órganos de administración de cierta complejidad, existan miembros que lleven a cabo especiales labores. Así ocurre con la figura del consejero delegado, con la del miembro del consejo investido de poder de representación o con la del consejo consultivo respecto del que el Reglamento del Registro Mercantil prevé expresamente que «podrá hacerse constar...el correspondiente sistema de retribución de los titulares de dicho cargo» (artículo 124.2)”*. Esto es, la DGRN entiende que no se puede retribuir al administrador por el ejercicio de una función sino por el ejercicio del cargo que lleva aparejada la ejecución de una función.

Parte de la doctrina no ha compartido el criterio jurisprudencial y de la DGRN. Cándido Paz-Ares<sup>24</sup> entiende que *“[...] el error fundamental de la doctrina dominante consiste en haber definido el cometido inherente al cargo de manera abstracta, tomando como referencia la categoría genérica de <<administrador>> y no la categoría específica de <<consejero>> [...] El error es producto de la falacia lógica que se presupone que detrás de un término único- en nuestro caso del término de <<administrador>> hay una función única, cuando lo que hay son funciones distintas”*. Pues bien, este autor entiende que lo importante a la hora de justificar diferencias en los paquetes retributivos de los administradores no puede reducirse al ejercicio del cargo únicamente. Precisamente se basa en una interpretación teleológica al concluir que lo relevante son las funciones; cita el autor al respecto de esta interpretación, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1993,<sup>25</sup> como muestra de la evolución experimentada por la jurisprudencia a lo largo de los años la cual se orienta hacia una interpretación que considera no del todo acertada. Dicha sentencia establece que *“ya se trate de un administrador único, de administradores solidarios o de miembros de un consejo de*

---

<sup>24</sup> Vid. Cándido PAZ-ARES <<El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos>> *ob. cit.* pág. 18.

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 23 de noviembre de 1993.



## URÍA MENÉNDEZ

*administración, la actividad de los administradores, en cuanto a órganos sociales, queda excluida del ámbito contractual al tratarse del órgano administrador de la sociedad anónima que realiza los cometidos inherentes al cargo”.*

La normativa que está en trámite prevé en este mismo sentido la posibilidad de fijar una remuneración a los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas, de manera que el legislador a la hora de redactar este precepto parece apostar por la diferenciación de funciones en el seno del cargo de administrador y establece la posibilidad de remunerar por el ejercicio de facultades ejecutivas.

En efecto, el artículo 249 3. y 4. del Proyecto de Ley por el que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo reza como sigue: “3. *Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión*

*4. En el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato.*

*El contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general.”.*

\* \* \*